الكفالة التجارية

أ. د. منذر قحف

بحث مقدم للدروة السادسة عشرة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي - دبي ، دولة الإمارات العربية المتحدة
2005/14-9

بسم الله الرحمن الرحيم

الكفالة التجارية

أ. د. منذر قحف

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين.

مقدمة وتعريف

يقصد بعبارة الكفالة التجارية في هذا البحث علاقة اتفاق – مكتوب أو منطوق – بين شخصين على أن يقوم أحدهما بالالتزام بإجراءات وتعهدات محددة تجاه الدولة أو أية سلطة رسمية أخرى يكون فيها تسهيل لمصالح الآخر إما بالعمل أو بالقيام بمشروع تجاري أو استثماري في بلد الشخص الأول .

والكفالة التجارية بهذا المعنى إنما نشأت بسبب قرارات وأوضاع سياسية وقانونية اختارتها لنفسها بعض الدول مما يمنع الأفراد الذين لا ينتمون لجنسية البلد نفسه من مزاولة العمل كأجراء أو كأصحاب مشروعات تجارية أو استثمارية أخرى فيه .

وهناك حالتان أخريتان تشبهان الكفالة التجارية ولكنهما تحدثان في داخل البلد نفسه وبين مواطنيه هما حالة التراخيص ، بمشروعات أو استيراد بضائع أو تسيير سيارات للنقل العام ، التي تمنح لبعض الأفراد فيقومون بدورهم ببيعها لغيرهم من المواطنين مع استمرار الاحتفاظ بكونها بأسماء البائعين لأن القوانين لا تسمح بالبيع ولا تعترف به ، وحالة وجود أنصبة في بعض قطاعات النشاط الاقتصادي يشترطها القانون لبعض فئات الشعب العرقية أو غيرها فيقوم الفرد من الفئة المشترط لها ببيع حقه في ذلك إلى مواطن آخر يقوم بالعمل ويمتلك المشروع على وجه الحقيقة والعقد بينهما ولكن المشروع يبقى باسم الطرف الأول لأن القانون لا يسمح بهذا البيع ولا يعترف به أصلا .

وحسب التعريف المذكور فإن الكفالة التجارية لا تشمل عدة حالات قد تتلبس بها في بعض الأذهان . فهي لا تشمل أن يكفل تاجر تاجراً آخر تجاه دائن الأخير ، ولا تشمل ما يسميه بعض التجار بإعارة التوقيع وهو أن يوقع تاجر لآخر كمبيالة تستحق بعد ستة أشهر مثلا وكأنه مدين له بمبلغها فيأخذها الموقعة له فيحسمها في مصرف تقليدي ويحصل على النقد العاجل (ما عدا ما يأخذه المصرف من ربا لقاء فرق الزمن) ثم يقوم التاجر الدائن نفسه بتسديد مقدار الكمبيالة للمصرف يوم استحقاقها . ولا تشمل أيضا الكفالة التي يقدمها شخص لسفارة دولة ما يكفل فيها أن شخصا آخر يريد الحصول على تأشيرة سفر لتلك الدولة لن يكون عالة مالية على الدولة التي ينوي زيارتها وأنه إذا لزم الأمر سيتحمل جميع الأعباء المالية التي قد تنشأ عن زيارة الآخر لتلك الدولة . ولا تشمل كذلك الكفالة التي يقدمها شخص ما لدولة معينة أو لسلطة أو وزارة فيها يكفل فيها أن شخصا آخر ستنفق عليه الدولة مبالغ كبيرة ، كأن يرسل للدراسة في خارج البلد على نفقة الدولة ، سيعود لتأدية خدمات للدولة المنفِقة خلال فترة زمنية محددة . وأخيرا فهي لا تشمل أيضا الكفالة التي تقدم لسلطة قضائية لإحضار شخص مطلوب لهذه السلطة في وقت معين مضروب .

صور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية

تتخذ الكفالة التجارية عدداً من الصور هي:

1. **كفالة وافد إلى البلد من قبل مواطن للقيام بمشروع تجاري أو استثماري:**

وهي تقوم على الثقة الكبيرة بين الجانبين ، ويكون العقد بينهما شفويا على الأغلب وقد يكون مكتوبا أيضا حيث يستعمل الوافد اسم المواطن في جميع معاملاته الرسمية مع دوائر الحكومة ولا يحتاج المواطن للقيام بأية أعمال في العادة لأن جميع المراجعات يقوم بها معقبون يستأجرهم الوافد إلا عندما يتطلب الأمر حضوراً شخصيا من قبل المواطن . ومن الواضح أن ملكية المشروع بكامله مسجلة باسم المواطن في حين أن المالك الحقيقي الذي يقدم المال والعمل هو الوافد . وهذه الصورة من الكفالة التجارية تحدث وتشيع في بلدان لا تسمح قوانينها للأجانب بتأسيس أو تملك هذا النوع من الأعمال وهي تسمى في السعودية بالتستر .

حقوق الطرفين في هذه الصورة: تتوزع **الحقوق التعاقدية** للطرفين في هذه الصورة من الكفالة التجارية كما يلي: 1) تسجل ملكية المشروع باسم المواطن وكذلك الحسابات الرسمية لدى المصارف ، 2) يكون للمواطن مبلغ دوري مقطوع يدفع له شهريا في العادة

وفي مقابل هذه الحقوق يلتزم المواطن بإجراء المعاملات الحكومية التي تتطلب حضوره ، 3) يقدم الوافد جميع المال والعمل للمشروع ، 4) كما يلتزم الوافد بجميع التزامات المشروع تجاه الغير ، 5) ويكون للوافد جميع أرباح المشروع وعوائده وهو طبعا يتحمل خسائره .

أما من زاوية المخاطر التي يتعرض لها كل من الطرفين فمنها ما يشتركان فيه وهو التعرض للمساءلة القانونية وللعقوبات المنصوص عليها في القانون والتي تشمل في العادة المصادرة الجزئية أو الكلية والغرامات المالية والسجن . ومنها ما يختص بواحد منهما فالمواطن يتعرض لمخاطر احتمال عدم وفاء الوافد بالتزاماته تجاه الغير مما يجعل الدائنين يعودون على المواطن باعتباره المالك الرسمي كما يتعرض لمخاطرة عدم دفع الوافد للبدل المتفق عليه دوريا ولكن هذه المخاطرة مغطاة في العادة بملكية المشروع نفسه . أما الوافد فيتعرض لمخاطر أن ينهي المواطن إقامته فيخرجه من البلاد وأن يأخذ لنفسه المشروع الذي هو في الحقيقة ملك للوافد أو أن يموت المواطن فلا يعترف ورثته بحقيقة العلاقة بينه وبين الوافد ، كما يتعرض الوافد لعقوبة الطرد من البلاد نتيجة للمخالفة القانونية .

يتفرع عن هذه الصورة صورتان فرعيتان ، الأولى أن يكون للمواطن مساهمة حقيقية قليلة في الملكية وفي العمل ولكن المشروع كله مسجل باسمه والوافد مسجل لدى الحكومة وفي سجلات المشروع المعرضة للرقابة الخارجية على أنه عامل بأجر بسيط لدى المواطن . والثانية أن لا يأخذ المواطن أي بدل نقدي ويقدم هذه الخدمة للوافد مجانا لصداقة أو قرابة بينهما ، ومن حالات هذه الصورة الفرعية أن تكون الزوجة هي المواطن فتؤثر أعمال المشروع التجاري على العلاقة الزوجية مما يضيف مخاطر اجتماعية على الحياة الزوجية لطرفي العقد .

2. وكالة مواطن عن وافد ببعض المعاملات والإجراءات القانونية:

وهي في معنى الكفالة التجارية . إلا أن بعض الدول لم تمنع الأجانب من مزاولة أعمال التجارة والاستثمار وإنما فرضت أن يستأجر الوافد وكيلا عنه لقاء مبلغ سنوي تحدده الدولة ليقوم نيابة عن الوافد ببعض الإجراءات والمعاملات الحكومية التي تشترط لها الأنظمة أن يكون الذي يقوم بها مواطناً . ولا تسجل ملكية المشروع باسم المواطن ولا يقدم فيه مالا ولا عملا ولا يكون مسؤولا عن التزاماته تجاه الغير ولا يتحمل شيئا من مخاطر المشروع ، وإنما يكون ذلك كله بيد الوافد وعليه . والعلاقة بينهما محددة ومحمية بالقانون نفسه .

3. **كفالة عامل وافد لا يعمل عند كفيله لقاء مبلغ مقطوع أو نسبة من كسبه:**

وهي عقد بين وافد ومواطن يقدم فيه المواطن للوافد تأشيرة عمل للقدوم إلى بلد المواطن (هي فيما يتعلق بالحكومة التي أصدرتها مقصودة للعمل لدى المواطن نفسه) للعمل حرا في بلد المواطن خارجا عن مشروعاته أو شركاته شريطة أن يدفع للمواطن مبلغا بصورة دورية متفق عليها فيما بين المتعاقدين . ويتحمل المواطن مخاطرة واحدة هي إلغاء تأشيرة العمل الممنوحة لمستقدَمه والتقييد عليه في الحصول على تأشيرات جديدة . أما الوافد فيتعرض لمخاطرة الحبس الموقت والطرد من البلاد .

4. **كفالة مواطن يتمتع بامتيازات لمواطن آخر يقدم المال والعمل في مشروع تجاري أو استثماري:**

ذلك أن بعض الحكومات تسن قوانين تمنح مزايا خاصة في إنشاء مشروعات تجارية أو زراعية أو صناعية لفئات معينة من مواطنيها بقصد حمايتهم أو تحسين أوضاعهم الاقتصادية . مثال ذلك المزايا الضريبية ومزايا الترخيص بإنشاء بعض أنواع المشروعات التي تمنح لفئات كانت مضطهدة سياسيا أو اقتصاديا خلال عصور سابقة كما حصل للسكان الأصليين في بلدان عديدة أثناء توافد الهجرات الخارجية عليها أو خلال فترة الاستعمار أو تحكم فئة عرقية قليلة بالأمور . ولكن بعض من يستحقون هذه المزايا يقومون باستغلالها عن طريق كفالة مواطن آخر لا يتمتع بها ، حيث يسجل المشروع – اسميا فقط – باسم المواطن ذي المزايا ويكون الملك الحقيقي لمواطن آخر لا يتمتع بهذه المزايا .

وهذه الصورة من الكفالة التجارية تشبه الصورة الأولى ولكنها تقع بين مواطنين لنفس البلد أحدهما لا يتمتع بامتيازات الآخر مع فارق بسيط يتعلق بحجم المخاطرة التي يتحملها الطرفان . إذ أن المخاطرة فيها على الطرفين هي أقل من المخاطرة في الصورة الأولى بسبب الضغوط الاجتماعية التي يستطيع كل منهما ممارستها لتحصيل حقوقه لدى الآخر .

5. **بيع مواطن لآخر تراخيص إقامة أعمال أو استيراد بضائع أو تسيير وسائط نقل أو غيرها من التراخيص مع تسجيل المشروع باسم البائع:**

وهي علاقة تعاقدية بين الشخص الذي حصل على الترخيص وآخر يريد استعماله لتجارته أو استثماره أو لمصلحته الخاصة . يدفع فيها مستعمل الترخيص لمالكه مبلغا مقطوعا أو نسبة من عائدات المشروع لقاء استعمال الترخيص ويقوم المشتري بتقديم جميع المال والعمل اللازم للمشروع أو الاستيراد . وعلى الرغم من بقاء ملكية الترخيص باسم الأول فإن القوانين قد تعترف عادة بنتائج هذا العقد مما يقلل من المخاطر التي يتعرض لها الطرفان .

العناصر المشتركة بين صور الكفالة التجارية

من الواضح أن أهم العناصر التي تجمع صور الكفالة التجارية أن هذه الصور الخمسة تشترك فيما بينها بأن **الملك والعمل مقدمان من طرف في حين أن الاسم أو الترخيص** – سواء أكان بالعمل للعامل أو بالاستيراد أو بإقامة مشروع تجاري أو صناعي لغيره – **مقدم من الطرف الآخر** . أما الصورة الثانية فهي وإن كانت لا تجعل الملك باسم المواطن إلا أنها لا تسمح للوافد بإقامة مشروعه بدونه الأمر الذي يجعل الوافد بحاجة إلى اسم المواطن دون أن يقدم الآخر أي عمل أو مال .

أما العنصر الثاني الذي يجمع بين هذه الصور فهو اشتراكها بأنها جميعا إنما وجدت نتيجة لأوضاع ومتطلبات قانونية فرضتها الأنظمة الحكومية لبعض الدول . وعلى الرغم من أن هنالك مقاصد اجتماعية واقتصادية وسياسية قد تكون مرغوبا بها في بعض الأحيان فإن هذه التنظيمات تتضمن عادة قدرا من **الإجحاف وعدم العدالة** مما يجعلها تتعارض مع عدد من مبادئ الحرية الاقتصادية وحرية اختيار العمل المناسب التي نادى بها الإسلام أولا ثم تبنتها نتيجة للتجربة والمعاناة حكومات كثيرة في أنحاء المعمورة حتى دخلت في الاتفاقات الدولية ومبادئ الأمم المتحدة .

كما أن هذه الصور تشترك في أن الأنظمة القانونية التي قامت نتيجة لها **تتعارض مع الواقع الاقتصادي** للبلدان التي تفرضها بدليل أن عوامل السوق في هذه البلدان قد أدت فعلا إلى الجرأة على مخالة هذه الأنظمة على الرغم من شدة المخاطر التي تنشأ عن هذه المخالفات . وبعبارة أخرى فإن هذه الأنظمة ساقت الناس سوقا إلى مخالفتها وعرضتهم لركوب الأخطار دونما طائل إذ أنه من المشكوك فيه جدا أنها أدت فعلا إلى تحقيق أية مقاصد تنموية لهذه البلدان . ومما يؤكد هذه المقولة أن بعض هذه البلدان عمدت إلى تعديل أنظمتها بحيث نظمت العلاقة بين المواطن والوافد وحددت مكافأة الوافد بإتاوة محددة مقطوعة واعترفت بملكية الوافد للمشروع وقدمت له الغطاء القانوني المناسب وإن كانت

أبقت على اسم ، لا حاجة حقيقية له ، للمواطن ليحصّل بعض المكاسب التي لا تعدو كونها ضريبة أو إتاوة تدفع لمواطن بدلا من دفعها للدولة !

أما العنصر المشترك الرابع لهذه الصور فهو أنها – فيما عدا الصورة الثانية – **تتضمن شكلا أو آخر من المخالفة للقانون** التي تعرض الطرفين أو أحدهما للمساءلة والملاحقة الإدارية والقضائية مما يستهلك موارد وطاقات كان يمكن توظيفها في استخدامات أكثر نفعا للبلد التي يعيش في ظلها .

وأخيراً فإن طبيعة كون هذا النوع من المعاوضات سريا ومخالفا للقوانين والأنظمة السارية يجعلها تعقد في الخفاء مما يقلل من قدرة طرفي العقد على المساومة والمفاوضة والاستعانة بالخبراء والمحامين فضلا عن إضاعة فرصة وجود سوق منفتحة تؤدي إلى نشوء أسعار تشكل مرجعية للقضاة والمحاكم مما هو معروف لدى الفقهاء بـــ "سعر المثل" .

التكييف الشرعي للكفالة التجارية

هل الكفالة التجارية كفالة بالمعنى الشرعي ؟ أم أنها شركة بين وجه ومال؟ أم هي عقد جديد ينبغي أن نبحث تكييفه الفقهي على ضوء القواعد العامة ومقاصد الشريعة؟

للتعرف على التكييف الفقهي لعقد الكفالة التجارية لا بد لنا من النظر فيما إذا كان لها مثيل في العقود الشرعية المعروفة في الفقه الإسلامي أم أنها عقد جديد ينبغي الحكم فيه على ضوء المقاصد والقواعد العامة للشريعة . لذلك سأحاول في هذا القسم دراسة إمكان استيعاب الكفالة التجارية في أي من العقود المسماة .

هل تندرج الكفالة التجارة تحت عقد الكفالة أو الضمان ؟

هنالك تداخل بين الكفالة والضمان عند فقهاء المذاهب . ففي حين تعرف الكفالة عند الأحناف بأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بمال أو نفس مدينة بمال ، يجعل المالكية والشافعية والحنابلة الكفالة في النفس فقط والضمان بالمطالبة بمال أو نفس مدينة ، فالضمان

عندهم أعم من الكفالة . (البحر الرائق والموسوعة الفقهية ومجمع الأنهر والإنصاف والتاج على خليل وتحفة المحتاج شرح المنهاج ومطالب أولي النهى).[1]

ونلاحظ أن الكفالة (أو الضمان) هي تبرع من الضامن بكفالة دين أو بإحضار نفس مطلوبة إلى طالبها أو إلى حيث يقاضيها الطالب . فتصح الكفالة بنفس مطلوبة كأجير أو عبد آبق أو زوجة يدعي الطالب نكاحها أو ثبت نكاحها لتسليمها لزوجها . ومن الفقهاء من يقيس الطلب لآدمي كما في القصاص والقدف على المطلوب لدين فيصحح الكفالة في النفس فيه والجمهور على أن لا كفالة في حدود الله تعالى لآنها مبنية على الستر والدرء بالشبهات (نهاية المحتاج والموسوعة الفقهية وغيرهما) .

ولا يبدو لي وجه تشابه بين الكفالة التجارية والضمان/الكفالة . **ففي الصورة الأولى** من صور الكفالة التجارية لا توجد مطالبة بمال أو بدن لأي طالب وما يقوم به المواطن الكافل إنما هو تسجيل المشروع التجاري أو الاستثماري باسمه في سجلات الدولة . أما المتعاملون مع المشروع فيعرفون في العادة أن المالك الحقيقي هو غير المالك المسمى ويقومون بمعاملاتهم مع المالك الحقيقي في العادة وبخاصة أن المالك المسمى ليس له أي ظهور تجاه المتعاملين مع المشروع . ولكن المواطن يتعرض بهذا العمل إلى مخاطر مطالبة الداينين إذا ما أخل الوافد بالتزاماته نحوهم على الرغم من معرفتهم أنه ليس المالك على وجه الحقيقة . فهذه الصورة من الكفالة التجارية قد تؤول إلى ضمان بالمعنى الفقهي بسبب استخدام اسم المواطن في المعاملات الرسمية والعقود .

ولكننا نلاحظ هنا أن جميع هذه المشاريع والأعمال التجارية تتخذ عادة شكل ما يسمى بالأنظمة (القوانين) التجارية بالمؤسسة وهي محدودة المسؤولية بمقدار رأسمالها . الأمر الذي يعني أنه ليس للدائنين وسائر المتعاملين مع المؤسسة مطالبة المالك في أمواله الأخرى الخارجة عن نطاق المؤسسة ، وبالتالي فإن معنى الكفالة الشرعية لا يرد هنا لأن

---

[1] فعلى سبيل المثال نجد في جامع الفقه الإسلامي على الانترنت التعريفات التالية للكفالة والضمان: " ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بمال أو نفس" (البحر الرائق) ، " وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق" (الإنصاف) ، "الضمان شغل ذمة أخرى بالحق" (التاج والإكليل لمختصر خليل) ، "يطلق الضمان على التزام الدين والبدن والعين" (تحفة المحتاج شرح المنهاج) ، "الضمان شغل ذمة أخرى بالحق" (حاشية الدسوقي) ، "الضمان التزام من يصح تبرعه بمال أي : دين ، وجب على غيره أو بما يجب على غيره" (مطالب أولي النهى) ، "الضمان شغل الإنسان ذمته للآخر بما شغلت به ذمة بدون تعلق الشغل بمال عليه لذلك الآخر ، فخرجت الإحالة وتسمى : الكفالة والضمانة والزعامة والقبالة" (شرح النيل) ، "الضمان : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق . فيثبت في ذمتهما جميعا" (المغني) .

المواطن سوف لن يضطر تحت أي من الظروف إلى سداد شيئ من ديون أو أعباء المؤسسة من أمواله الخاصة .

يضاف إلى ذلك أن هذه الصورة من الكفالة التجارية تتضمن في معظم تطبيقاتها الفعلية أجراً أو عائداً يدفعه الوافد للمواطن مما يخل أيضا بشروط الكفالة الشرعية كما هي معرفة في أبواب الفقه .

أما **الصورة الثانية** فهي أقرب إلى الوكالة منها إلى الكفالة لأن القانون ينص صراحة على عدم ملكية المشروع من قبل المواطن ويعترف بملكيته للوافد ومسؤوليته القانونية الكاملة عن ديون المشروع حسب الشكل القانوني الذي يتخذه لتجارته أو استثماره . ولكن الوكالة هنا هي وكالة مفروضة من الدولة حيث لا يؤدي المواطن الوكيل في حقيقة الأمر أية خدمات للمشروع سوى التوقيع على ورقة تنصيبه وكيلا تجاه الدولة . لذلك فقد عمدت السلطة نفسها إلى تقييده من حيث البدل الذي يتقاضاه من صاحب التجارة أو الاستثمار ، فأشبهت الإتاوة أو الضريبة ولكنها ضريبة يدفعها وافد مقيم لمواطن مباشرة بدلا من دفعها للدولة .

أما **الصورة الثالثة** وهي الكفالة التجارية التي يتم من خلالها استقدام عمال يعملون عند غير كافلهم مقابل مبالغ يدفعونها إليه بصورة دورية فهي تتضمن معنى إحضار بدن الذي نص عليه الفقهاء ، لأنها تتضمن معنى أن الكفيل سوف يحضر مكفوله لأدارة الأقامات لتجديد إقامته عند انتهاء مدتها أو أنه سيقوم بتسفيره فيما إذا رفضت الأدارة المذكورة تجديد الإقامة . ولكن هذا وحده لا يكفي لاعتبارها كفالة أو ضمانا بالمعنى الشرعي وذلك بسبب غياب الشرط الآ خر للضمان وهو أن يكون المكفول مطالبا بمال أو حق لآدمي وهو هنا غير مطالب بأي شيئ من مال أو حق أخر لأي آدمي ، فكأن المواطن في هذه الصورة يطلب منه القيام بالدور الذي تقوم به الشرطة ورجال الجوازات التي من واجبها التأكد من قانونية وجود الأجانب في البلاد . وفي مقابل تكليف المواطن بهذا الدور يقوم الأخير بأخذ جزء من كسب العامل فيغرم الأخير بدلا من أن تعوض الشرطة أو أدارة الجوازات أولئك الذين يقومون بمساعدتها في أعمالها !

و**الصورة الرابعة** من الكفالة التجارية تشبه الأولى إلا أنها تجري بين مواطنين فهي مثلها لا تندرج تحت الكفالة المعروفة في الفقه الإسلامي .

وأخيرا فإن **الصورة الخامسة** هي أقرب إلى البيع منها إلى الكفالة/الضمان بالمعنى الفقهي . فهي تتضمن بيع ترخيص يحصل عليه شخص ما بسبب نظم تفرضها الدول مما يمنح مزايا اقتصادية لبعض الأشخاص من ذوي الصلات والقرب من السلطات التي تصدر

هذه التراخيص . على أنه عندما يتم الاستيراد أو إقامة المشروع المستفيد من الترخيص باسم الحاصل عليه ولأن الأنظمة قد لا تسمح بتحويل الترخيص إلى اسم المشتري فإننا نصبح أمام وضع شبيه بالصورة الأولى حيث تختلف الملكية الحقيقية عن الملكية الاسمية مما لا يدخل أيضا في باب الكفالة الشرعية للأسباب التي ذكرت فيما يتعلق بالصورة الأولى .

هل تعتبر الكفالة التجارية من صور بيع الحقوق المعنوية ؟

درس مجمع الفقه الإسلامي بعض الحقوق المعنوية وأصدر فيها قرارات فقد صدر القرار رقم 5 في الدورة الخامسة للمجمع عام 1989 الذي يتضمن أن "الاسم التجاري , والعنوان التجاري , والعلامة التجارية , والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها . وهذه الحقوق يعتد بها شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها." وأقر جواز بيع هذه الحقوق والتصرف بها إذ نص على أنه " يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقا ماليا ." كما أن " حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعا , ولأصحابها حق التصرف فيها , ولا يجوز الاعتداء عليها."

ولا بد لنا أن نلاحظ أن بعض الحقوق المعنوية هو مما نص على عدم صحة الاعتياض عنه لأنه شخصي شرع لدفع ضرر عن صاحبه ولا يندفع الضرر ببيع هذا النوع من الحقوق كما أن بيع بعضها الآخر يتنافى مع مبادئ الصدق والأمانة . فحق الشفعة شرع لدفع ضرر محتمل حيث يقول صاحب البدائع " حق الشفعة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره." والاعتياض عنه ببدل مالي لا يحقق المقصود منه فتسقط الشفعة ولا يستحق العوض عند الجمهور خلافا للمالكية . جاء في باب الشفعة في الموسوعة الفقهية "اختلف الفقهاء في جواز التنازل عن الشفعة مقابل تعويض يأخذه الشفيع . فقال الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، لا يصح الصلح عن الشفعة على مال ، فلو صالح المشتري الشفيع عن الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض ويبطل حق الشفعة . قال الشافعية : تبطل شفعته إن علم بفساده . أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق في المحل لأن الثابت للشفيع حق التملك ، وأنه عبارة عن ولاية التملك وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض . وأما بطلان حق الشفيع في الشفعة ؛ فلأنه أسقطه بالصلح فالصلح وإن لم يصح فإسقاط حق الشفعة صحيح ، لأن صحته لا تقف على العوض بل هو شيء من الأموال لا يصلح عوضا عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كأنه سلم بلا عوض . وذهب مالك إلى جواز الصلح عن الشفعة بعوض ، لأنه عوض عن إزالة الملك فجاز أخذ العوض عنه ." وإذا لم يصح الاعتياض عن الشفعة بمال فلا يصح الصلح عنها على مال ، جاء في شرح كنز الدقائق في كتاب الصلح . . . بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز أخذه ؛ لأنه لا حق له في المحل بل هو ملك المشتري وإنما له أن يتملك إن شاء وذلك مجرد خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار المخيرة وخيار الشرط والرؤية وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ." لذلك فقد أفتى مجمع

الفقه الإسلامي في الهند في اجتماعه المنعقد في يونيو 1990 في قضية بيع الحقوق المعنوية بما يلي:

أ – إن شرط المال في المبيع شرط جوهري

ب – لم تعين النصوص الشرعية حقيقة المال والمالية تبتنى على أعراف كل عصر وبلد إذا لم تكن الأعراف متعارضة مع الشرع

ج – لا يجوز الاعتياض عن الحقوق التي لم تشرع أصالة بل لدفع الضرر عن أصحابها كحق الشفعة

د – الحقوق التي لم تثبت من النصوص الشرعية ولكنها تعلقت بها المنفعة المالية وشاع تداول الاعتياض عنها في الأعراف ولم تكن لمجرد دفع الضرر عن أصحابها ولا تتعارض مع المصالح الشرعية ومقاصدها العامة يجوز الاعتياض عنها.

أما الحقوق المعنوية التي لا يجوز بيعها رغم كونها متمولة فمثالها حق التأليف وحق الاختراع ، إذ هما من الحقوق التي بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي أنها حقوق متمولة يحق لأصحابها التصرف بها ولا يجوز الاعتداء عليها . فيمكن لأصحاب هذه الحقوق بيع منافعها مثل حق نشرها أو تصنيع الاختراع أو بيع اللوحة الفنية المبتكرة ، ولكن بيع هذه الحقوق نفسها غير جائز لأنه لا يجوز شرعا نسبة المؤلف لغير مؤلفه ولا نسبة الاختراع أو الابتكار لغير صاحبه .

ولكن كثيرا من الحقوق المعنوية هو مما يجوز بيعه والمعاوضة عليه مثل الاسم والعنوان التجاري أو العلامة التجارية ، فهل الكفالة التجارية هي من نوع هذه الحقوق المعنوية التي يمكن الاعتياض عنها ؟ وما الذي يباع فيها ؟

أما في **الصورة الأولى** من صور الكفالة التجارية فإن الوافد يحصل على حق إقامة مشروع تجاري أو استثماري باسم المواطن وهو حق تمنعه القوانين عنه ولكن المواطن لا يبيع حقه في أي نشاط اقتصادي يرغب في ممارسته . وبكلمة أخرى فإنه لا يوجد حق يباع**!** فنحن أمام حالة لا تشبه حتى بيع حق الشفعة لأن البائع لا يتنازل عن شيئ من حقوقه المالية أو غير المالية ، فهو ما زال – بعد الكفالة التجارية – يملك حق إقامة أي مشروع يريد . إن الحق الذي يغرف منه المواطن هو حق مفتوح غير محدد ولا مقيد ، وهو متجدد دائم غير قابل للنفاد بحكم طبيعته . فهو بكفالته للوافد لا ينقص من حقوقه شيئا ، وإن كان يتحمل مخاطرة العقوبة الحكومية لمخالفته للأنظمة . فهل هذه المخاطرة مما يجوز أخذ بدل نقدي عنها ؟ وحتى لو قيل بجواز العودة على مسبب المخاطرة – عند حصولها فعلا– لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي تسبب بها للمواطن فهل الوافد هو الذي سبب هذه المخاطر أم الواشي الذي وشى بهما وأدى إلى الإضرار بكليهما معا ؟ وهل يمكن أن تقدر هذه

المخاطرة مسبقا قبل حدوثها بمبلغ من المال يدفعه الوافد للمواطن ؟ وإذا كانت عقوبة التستر هذه مقصودة لردع المواطن عن وضع اسمه على مشروع الغير فهل يحقق الرجوع على الغير لهذا المقصد ؟

ونلاحظ أن **الصورة الرابعة** هي مماثلة لهذه الصورة الأولى ولكنها بين مواطنين بدلا من مواطن ووافد ، أحدهما يملك حقا غير محدود أيضا والآخر لا يتمتع بمثل هذا الحق فهو يشبه الوافد في الصورة الأولى .

كما أن **الصورة الثانية** لا تتضمن بيع أية حقوق معنوية لأن القانون الذي يفرضها نفسه يجعلها نوعا من وكالة أو تمثيل مواطن لوافد مفروض من قبل الدولة على شكل يشبه بعض أنواع المكوس التي كانت معروفة في الماضي . فهل تكون هذه الميزة التي يمنحها القانون للمواطن مشابهة لحق معنوي يقوم المواطن ببعه لوافد؟ لا نرى أي معنى او مضمون لحق من هذا النوع وأن وجد فهل هو مما يمكن بيعه ؟

أما **الصورة الثالثة** حيث يساعد المواطن الوافد على البقاء في البلد أو يستقدمه إليها للعمل لدى أي رب عمل آخر فإن المواطن هنا لا يتعرض حتى لمخاطرة المخالفة القانونية لأنه يستطيع أن يدعي في أي وقت أنه استقدم الوافد للعمل عنده ولكن الأخير هرب وهو لا يعرف له مكانا ، وهو بهذه الوسيلة يملك زمام الأمر الذي يستطيع من خلال التهديد باستعماله أن يلزم العامل الوافد بتنفيذ الاتفاق المبرم بينهما ودفع البدل النقدي الذي اتفقا عليه أو حتى بزيادته لو لزم الأمر . فهل يبيع المواطن شيئا من حقوقه المعنوية في هذه المعاملة ؟ إن إنعام النظر فيما يحصل عليه الوافد من الكفالة التجارية نجد أنه فرصة البقاء للعمل في البلد فقط وهذه الفرصة لا تنقص شيئا من حقوق المواطن ولا تقيد تصرفاته وهي أيضا فرصة لم يكن يملكها المواطن أصلا ولا هي بحوزته ! فما الذي يبيعه المواطن في هذا العقد وبم يأكل مال أخيه ؟ هل يبيع حقا من حقوقه المعنوية سواء أكان مما يجوز الاستعاضة عنه بالمال أم لم يكن ؟ لا نجد في هذه المعاملة حقا مملوكا للمواطن يقدمه للوافد ! وهنا ينبغي أن نلاحظ أيضا أن الممارسة العملية لهذه المعاملة في واقع الحال يتطلب بعض التكاليف من رسوم حكومية وتنقلات وغيرها من أجل استخراج رخصة الاستقدام ثم الإقامة وتجديدها ، وهذه الرسوم جرت العادة أن يتحملها الوافد على كل حال . ولكن ثمة نقطة أخرى قد يكون لها تأثير على الحكم وهي أن تراخيص الاستقدام للعمال الأجانب لا تعطى لغير ذوي المحسوبيات والصلات والنفوذ الخاصين إلا بمبررات تتلخص بإقناع السلطة المختصة بحاجة طالب الاستقدام إلى العمال الأجانب ، وبالتالي فكلما كثر العمال المستقدَمين على اسم مواطن عادي واحد كلما قلت فرصته باستقدام عمال آخرين مما يعني أن المواطن العادي يضحي

بفرصة جديدة في كل مرة يستقدم فيها عاملا وافداً فهل هذه التضحية مما يجوز الاستعاضة عنها بالمال ؟ وهل هي من أنواع الحقوق المعنوية المالية التي يجوز التصرف بها والمعاوضة عليها ؟ إن هذه الفرصة هي احتمالية بطبيعة الحال فهي ليست مضمونة للمواطن بمعنى أن هنالك نظام يعطي المواطن عدداً معيناً من الفرص لاستقدام عدد محدد من العمال الأجانب . ثم على فرض وجود حصص استقدامية فهل نعتبر هذه الحصص حقوقا يتمولها الناس أم هي من أنواع حقوق المواطنة مثل حق الانتخاب والتعبير عن الرأي مما لا يجوز الاستعاضة عنها بالمال ؟

أما **الصورة الخامسة** فتحتاج إلى نظرة متفحصة دقيقة . ولا بد من التمييز بين نوعين من التراخيص بحسب شروط إصدارها . يشمل النوع الأول التراخيص التي تصدر لمستحقيها لأسباب موضوعية في ظل ظروف تقوم على العدالة والمساواة بين المتساوين ، ومثالها تراخيص استيراد سيارات معفاة من الرسوم الجمركية التي تعطى لذوي العاهات الجسمية أو لذوي الكفاءات العالية ممن تحتاج الدولة إلى خدماتهم كجزء متمم لرواتبهم وتعويضاتهم أو تراخيص استيراد سلع وبضائع تمنح لمستحقيها من التجار المستوردين حسب أحكام قانونية عادلة ومع مراعاة شروط المنافسة المعتادة بين الناس ، ويشمل النوع الثاني التراخيص التي تمنح على أسس من تمييز المقربين وذوي الصلات والعلاقات بالسلطة من المتنفذين وأصحاب المحسوبيات ومن أمثلتها تراخيص الإعفاء من الرسوم الجمركية التي تمنح من قبل الحكومات العسكرية وشبه العسكرية لكبار الضباط وأصحاب النفوذ وكذلك تراخيص استيراد السلع أو إنشاء المشاريع التي تمنح على أسس من المحسوبية والنفوذ . ثم إن كلا من النوعين إما أن يكون اسميا يشترط فيه عدم نقل الملكية إلى أي شخص آخر أو أن لا يكون اسميا بحيث يسمح النظام نفسه ببيعه ويقصد منه الإعانة المالية للحاصل على الترخيص .

ولا شك في أن التراخيص الممنوحة على أسس موضوعية عادلة تعتبر حقوقا مالية لأصحابها ، وهي – وأن لم تكن عطية مادية – إما منحة حكومية تدخل في باب عطايا الحكومات لذوي الاستحقاق أو أنها أجزاء من التعويضات التعاقدية الناشئة عن عقود العمل . فهل هي من الحقوق التي يجوز التعاوض عليها؟ وهل يؤثر في الحكم كونها مما تسمح النظم القائمة ببيعه أو مما لا تسمح ببيعه ؟ علما بأن عدم السماح ببيعه سيفضي إلى أن يتم البيع بطريق التستر بحيث يتم الاستيراد أو إقامة المشروع باسم صاحب الترخيص وتكون ملكيته الحقيقية للمشتري .

ومما ينبغي ملاحظته هو أن مالية هذا الحق موقوفة على القيام بعمل آخر يتطلب نفقة وجهدا من صاحب الحق بأن يستورد السيارة أو السلع المرخص له استيرادها أو أن يقيم فعلا المشروع المعني بالترخيص . فهو يختلف عن حق الاسم التجاري في أن الأخير لا يحتاج إلى نفقة وجهد مشترطين للحصول عليه . وكذلك الشأن بالنسبة لاختلافه عن حق التأليف وحق الاختراع فأنت لا تحتاج إلى القيام بجهد أو نفقة خاصين للحصول على الحق نفسه في حين أن الترخيص لا يعني شيئا إلا بعد الاستيراد الفعلي للسلع أو السيارات ووصولها إلى نقطة دفع الرسوم الجمركية أو بدء المشروع المرخص به فعلا . مما يعني أن هذا الحق المعنوي (الترخيص) لا يمكن التحقق من وجوده إلا عند تقديم الترخيص للجهة ذات العلاقة وقبولها له فعلا وهو أمر يدل على أن حيازة الترخيص وحدها لا تكفي لحيازة الحق المعنوي بالإعفاء من الرسوم الجمركية أو بالسماح بتأسيس المشروع المرخص له .

يضاف إلى ذلك أن هذا الحق غير مستقر في يد صاحبه إلا بعد الحصول فعلا على الاعفاء الجمركي أو قيام المشروع المرخص له فعلا ، فهو معرض للتغيّر في سياسة الجهة المانحة للترخيص أو لفساد فيه ناشئ عن أي سبب آخر قبل الحصول عليه فعلا ، فهل يؤثر هذا الاختلاف بين الترخيص والحقوق المعنوية الآخرى في الحكم وبخاصة في جواز التصرف بالحق قبل قبضه ؟

أن عدم حيازة الحق المعنوي بالإعفاء الجمركي وعدم استقرار الحق في يد صاحبه مؤثران في جواز التصرف تصرف معاوضة فبم يستحل مالكه مال أخيه لو طرأ عليه طارئ يجعله غير قابل للتحصيل الفعلي ؟

أما التراخيص التي تعطى دون وجه حق فإنها تبقى معدومة من وجهة النظر الشرعية لأنها لا تستحق لمن أعطيت لهم أصلا فكيف يمكن أن تعامل معاملة الحقوق والممتلكات ؟ وإذا كانت لا تستحق لمن أعطيت لهم فكيف يجوز لهم بيعها أو التصرف بها أو الحصول على أية منافع ناشئة عنها ؟

هل تعتبر الكفالة التجارة من أنواع الشركات ؟

عرفت الشريعة الإسلامية أنواعا عديدة من الشركات يتشرك فيها شركاء لا تكون مساهمتهم في الشركة من نوع واحد مثل المضاربة والمزارعة والمساقاة . كما عرفت شركات يقدم فيها الشركاء نوعاً واحداً من المساهمات مثل شركات الأموال والصنائع والوجوه . فهل يمكن اعتبار الكفالة التجارية من أنواع الشركات ؟

إن أول ما ينبغي أن نلاحظه هو عدم وجود نية المشاركة لدى أي من طرفي الكفالة التجارية لأن كل واحد منهما يقصد العمل المنفرد . فالوافد المكفول في الصور الثلاثة الأولى والمواطن المالك في الصورتين الأخيرتين لا يريد عمل ولا رأسمال الكفيل لأنه يملك كليهما ويرغب بالانفراد بتقديمهما ، وكذلك فإن المواطن الكفيل لا يرغب بتقديم مال ولا عمل . يضاف إلى ذلك أن القوانين والأنظمة – التي أدت إلى تعامل الناس بالكفالة التجارية – تمنع قيام شركة بين المواطن والوافد أو بين المواطن ذي المزايا ومواطن لا يتمتع بها ، ولولا هذا المنع القانوني لعمد الناس إلى الاستغناء بالشركات عن الكفالة التجارية ولوجد الوافد شريكا مواطنا والمواطن شريكا وافدا ليتعاونا معا على سبيل الشراكة في المال والعمل والربح والخسارة بدلا من تجشم مخاطر الكفالة التجارية .

فالصورتان الأولى والرابعة من الكفالة التجارية يكون الأغلب فيهما أن يعطى الكفيل مبلغاً مقطوعاً وهو أمر يتعارض مع أحكام الشركات ويفسدها . أما إذا كان ما يعطاه الكفيل حصة من الربح فإنه يتعارض أيضاً مع أحكام الشركات فلا يصح أيضا لأن الربح إنما يستحق بالمال أو العمل أو الضمان ، ولا مال ولا عمل ولا ضمان من الكفيل !

وقد يُتوهم أن علاقة الكفيل بالسلطة وتسجيل المشروع باسمه يعتبر من نوع التقبل في شركة الصنائع أو الضمان في شركة الوجوه . ففي شركة الصنائع لا بد من الاشتراك بالعمل ، تقول الموسوعة الفقهية تحت عنوان شروط خاصة بشركة الأعمال: "الشرط الأول أن يكون محلها عملا ، لأن العمل هو رأس المال في شركة الأعمال – فإذا لم يكن من أحد الشريكين عمل ، لم تصح الشركة . ولكن يكفي لتحقق هذا العمل أن يتعاقدا على التقبل ، سواء أجعلا التقبل لكليهما أم لأحدهما عملياً ، وإن كان للآخر أيضا نظرياً أي من حقه بمقتضى عقد الشركة ."

كما تؤكد الموسوعة فيما يتعلق بشركة الوجوه شرط وجود ضمان لأثمان البضائع المشتراة من قبل كل من الشريكين حيث يرى كثير من الفقهاء أن توزيع الربح بينهما لا يكون إلا بنسبة ما ضمناه من الثمن . تقول الموسوعة تحت عنوان شرط خاص بشركة الوجوه: "اشترط الحنفية وكذلك القاضي وابن عقيل من الحنابلة أن يكون الربح بين الشريكين بنسبة ضمانهما الثمن، وضمانهما الثمن إنما هو بنسبة حصصهما فيما يشتريانه معا ، أو كل على انفراد . ومقدار هذه الحصص يتبع الشرط الذي وقع التشارط عليه عند عقد الشركة . . . . فإذا شرط لأحد الشريكين في الربح أكثر أو أقل مما عليه من الضمان فهو شرط باطل لا أثر له ، ويظل الربح بينهما بنسبة ضمانهما ؛ لأنه لا يوجد في هذه الشركة سبب لاستحقاق الربح سوى الضمان ، فيتقدر بقدره . ذلك أن الربح إنما يستحق بالمال أو العمل أو الضمان ، كما سيجيء في الأحكام ، ولا مال هنا ولا عمل ، فيتعين أن يكون الربح بسبب الضمان ، وإذن تكون قسمته بحسبه . لئلا يلزم ربح ما لم يضمن ." ومن يرى من الفقهاء جواز التفاوت بين نسبة توزع الضمان بين الشركاء ونسبة توزيع الأرباح يؤكد شرط وجود الضمان من كليهما ولكنه يعلل اختلاف نسبة توزيع الربح بالتفاوت في كمية ونوع العمل الذي يقدمه الشركاء . لذلك نجد أن الموسوعة تتابع

بقولها: "والمذهب عند الحنابلة أن الربح **في** شركة الوجوه يكون على حسب ما اتفقا عليه ؛ لأن الشريكين شركة وجوه يتجران ، والتجارة عمل يتفاوت كيفاً ، كما يتفاوت كماً ، ويختلف باختلاف القائمين به نشاطاً وخبرة – فالعدالة أن تترك الحرية للمتعاقدين ليقدرا كل حالة بحسبها ."

ولكن إنعام النظر في دور الكفيل في الصورتين الأولى والرابعة من صور الكفالة التجارية يدل على أن الكفيل لا يتقبل أعمالا ليقوم المكفول بإنجاوها فهو لا يتعامل مع زبائن المشروع ولا يُرى عادة في موقعه ، وإنما تُجرى باسمه بعض المعاملات ذات الصلة بالحكومة ، ومن جهة أخرى فالكفيل هو – من وجهة نظر الحكومة – مالك المشروع على وجه الحقيقة . أي أنه لا يوجد أي قاسم أو عنصر مشترك بين هاتين الصورتين من الكفالة التجارية وبين شركة الصنائع .

أما عنصر الضمان الذي تقوم عليه شركة الوجوه ، فالكفيل في هاتين الصورتين لا يضمن المالك الحقيقي للمشروع ولا يضمن بضاعة يشتريها المشروع كما في شركة الوجوه فهو لا يضع في المشروع أي رأسمال سواء على شكل مساهمة مباشرة أم على شكل ضمان ثمن سلع تشتريها شركة وجوه . فالكفيل لا يتعامل مع موردي المشروع ولا مع زبائنه بأي صورة أو شكل .

وبكلمة أخرى فإن علاقة الكفيل بالمشروع لا تتخذ أي شكل يجعل له حقا في الربح فلا هو ضامن لعمل يعمله مكفوله ولا هو ضامن لثمن بضاعة يشتريها . مما يعني فقدان وجود أي سبب يتيح للكفيل استحقاق ربح على أساس شركة الصنائع أو شركة الوجوه . وفي هذا تؤكد الموسوعة الفقهية تحت عنوان أحكام الشركة والآثار المترتبة عليها أنْ: "لا يستحق الربح إلا بالمال أو العمل أو الضمان ؛ فهو يستحق بالمال ، لأنه نماؤه فيكون لمالكه . ومن هنا استحقه رب المال في ربح المضاربة . وهو يستحق بالعمل حين يكون العمل سببه ، كنصيب المضارب في ربح المضاربة ، اعتباراً بالإجارة . ويستحق بالضمان كما في شركة الوجوه . لقوله صلوات الله وسلامه عليه : {الخراج بالضمان} أو {الغلة بالضمان} أي من ضمن شيئا فله غلته . ولذا ساغ للشخص أن يتقبل العمل من الأعمال كخياطة ثوب – ويتعهد بإنجازه لقاء أجر معلوم ثم يتفق مع آخر على القيام بهذا العمل بأجر أقل من الأجر الأول ، ويربح هو فرق ما بينهما حلالاً طيباً – لمجرد أنه ضمن العمل ، دون أن يقوم به ، وعسى أن لا يكون له مال أصلا . فإذا لم يوجد أحد هذه الأسباب الثلاثة ، التي لا يستحق الربح إلا بواحد منها ، لم يكن ثم سبيل إليه ."

والصورة الثانية ليس فيها أي عنصر من العناصر الضرورية للشركة فلا يشترك فيها الممثل المواطن مع الوافد في مال أو عمل أو ضمان يجعله يستحق أي جزء من أرباح المشروع . فهو غريب عنه كل الغربة ويتلخص دوره في أن القانون أراد وجوده وجعل توقيعه شرطا للسماح بإنشاء المشروع وفرض له إتاوة محددة .

والصورة الثالثة ليس فيها شركة أيضا . فالعامل الوافد المكفول فيها لا يشترك مع الكفيل المواطن في مال أو ضمان أو عمل يستحق به الربح . ولا ينبغي التوهم بأن ما يقدمه المواطن من الحصول على تأشيرة الدخول ورخصة الإقامة للعامل الوافد هي من قبيل العمل الذي يشترك فيه مع العامل في شركة أعمال . لأن هذا العمل هو من نوع آخر لا يتعلق بالعمل نفسه الذي يقوم به العامل الوافد . إذ أن العمل الذي ينشئ حقا في الربح في شركة الأعمال هو عمل يقدم للزبائن الذين يشترون خدمات الشركة من تقبل لأعمالهم وطلباتهم أو إنجاز لما يرغبون في صنعه أو عمله . وليس ما يقوم به المواطن في الصورة الثالثة من الكفالة التجارية من نوع هذا العمل المنشئ لاستحقاق الربح .

أما **الصورة الخامسة** وهي بيع التراخيص فليس لها باع في الشركات لأن البيع والتسليم ينهيان أية علاقة للبائع بالسلعة المباعة – إلا ما تعلق بالعيوب الخفية – فلا فائدة من الحديث عن شركة بين البائع والمشتري .

هل الكفالة التجارية نوع من الوكالة بأجر أو بدون أجر ؟

إذا لم تكن الكفالة التحارية من قبيل الكفالة أو الضمان المعروفين في الفقه الإسلامي ولا من قبيل بيع الحقوق المعنوية ولا من قبيل شركة الوجوه أو شركة الأعمال ، فهل هي من نوع الوكالة سواء أكانت بأجر أم بدون أجر ؟

إن **الصورة الثانية** من الكفالة التجارية فهي وكالة وإن كان فيها معنى جبر وإكراه لأن الوافد لا يحتاج في حقيقة أعماله إلى هذه الوكالة وإنما أجبره القانون عليها بصورة اعتباطية وإن ترك له حرية اختيار الوكيل فلم يجبره على وكيل بعينه . وقد حددت النظم التي فرضت هذه الوكالة التعويض الذي يستحق للمواطن على هذه الوكالة .

أما **الصورتان الأولى والرابعة** حيث تسجل ملكية المتجر أو المشروع باسم الكفيل فهل يمكن اعتبار هذه التسجيل توكيلا من المكفول لكفيله ؟ قد نجد في هاتين الصورتين معنى الوكالة وهو التوكل عن الوافد بمواجهة الحكومة وما تطلبه من إجراءات ومعاملات وذلك على الرغم من أنها وكالة اضطرارية لجأ إليها الموكل نتيجة لمنعه من ممارسة حق المتاجرة أو إنشاء مشروع يتكسب به . وعلى الرغم أيضاً من أن الوكيل بأجر لا يقدم عملياً أية خدمة تستحق ما يتقاضاه من المالك الحقيقي للمشروع ؛ فهي بهذا المعنى تشبه الصورة الثانية من حيث كونها وكالة بأجر رغم التجاوزات التي ذكرنا . ومن المعروف أن الوكالة

متى كانت بأجر تعامل معاملة الإجارة فيشترط لها معلومية الأجر عند التعاقد فلا تصح بنسبة من الأرباح .

إن تخريج الكفالة التجارية على باب الوكالة يعين في إثبات حق ملكية المشروع لصاحبه ويخفف بالتالي من المخاطر التي يتحملها الوافد نتيجة تسجيل المشروع على ملك الكفيل المواطن . جاء في الموسوعة الفقهية تحت عنوان التسليم في الوكالة "لا خلاف بين الفقهاء في أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة ؛ لأن يده يد نيابة عن الموكل ، ويجب عليه رد المقبوض عند طلب الموكل مع الإمكان ، ويضمن بالتعدي أو التقصير كما يضمن في الودائع ، ويبرأ بما يبرأ فيها." يضاف إلى ذلك أن الوكالة تقيد تصرفات الوكيل بإرادة الموكل وحدود ما وكله به وهو يضمن لمخالفته تعليمات الموكل (أنظر شرح المواد 1479 و 1481 و 1493 و 1495 و 1499 و 1515 وغيرها في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الحادي عشر – الوكالة ، الباب الثالث في بيان أحكام الوكالة ، الفصل الرابع) .

كما أن لوكيل لا يلزمه الإفصاح عن اسم وهوية موكله للأشخاص الآخرين الذين يتعامل معهم ، فهو يستطيع أن يظهر أمام الآخرين كأنه أصيل يتعامل لنفسه ، بحيث يصح أن يُسجل الملكُ باسم الوكيل وهو مملوك في حقيقته للموكل ، وهذا مما يناسب هاتين الصورتين من صور الكفالة التجارية .

أما **الصورة الثالثة** فإن النظم السائدة في البلدان التي ينشأ فيها هذه النوع من العلاقة بين العامل الوافد والمواطن الكفيل تمنع العامل الوافد من إجراء بعض المعاملات الحكومية بنفسه – مباشرة أو بشكل غير مباشر – وبالتالي فإن هذه النظم تضطر العامل الوافد إلى اللجوء إلى مواطن يقوم بهذه المعاملات الحكومية ، فهل يقوم بها وكالة عن العامل الوافد بحيث يستحق على هذه الوكالة أجراً ؟

إن الأصل الشرعي أن الناس أحرار لا يقيد ولا يضيق عليهم في أعمالهم في أي مكان تتيسر لهم فيه ، وهذا الأصل الشرعي يدعمه علم الاقتصاد الذي يؤكد أن حرية الانتقال والعمالة الوافدة تساعدان في التنمية الاقتصادية وفي رفع مستوى الأجور في البلد المضيف نفسه وأنه عندما لا تراعى السنن الاقتصادية في النظم والقوانين يعمد الناس إلى الالتفاف على هذه النظم والقوانين وإجراء عقود فيما بينهم على خلافها سرا وخفية عن أعين القانون مما يزيد من احتمالات التغابن فيما بينهم !

على أن هنالك بعداً أخلاقياً لهذه الصورة من الكفالة التجارية تذكر بأيام الرق حيث كان يعمل الرقيق في المهن ويفرض عليهم السادة "خراجاً" معيناً يؤدونه لهم . إن

معاملة الأحرار معاملة الأرقاء أمر تنفر منه الطباع السليمة وترفضه الشريعة الغراء . يضاف إلى ذلك أن الغالب في هذا النوع من العمال الأجانب هو العمال غير المهرة وقليلي الثقافة والتعليم (لأن العمال المهرة والمثقفين يجدون في العادة فرصاً أفضل لنقل قيودهم الحكومية وتأشيراتهم من خلال علاقاتهم وصلاتهم الاجتماعية والمهنية) ممن يسهل غبنهم واستغلالهم بنفس الوقت الذي يعظم الإثم في أخذ جزء من دخولهم لفقرهم وضعف حالهم .

وأما في **الصورة الخامسة** فإذا تم نقل ملكية الترخيص إلى المشتري ، سواء أقلنا بالجواز أم عدمه ، فإنه لا معنى للحديث عن الوكالة لأنه بيع يسمح به النظام الوضعي . أما في حالة ما إذا تم الاستيراد أو إنشاء المشروع باسم صاحب الترخيص ، فهل يمكن اعتبار ذلك توكيلا من المالك الحقيقي (المشتري) لحامل الترخيص (البائع) بوضع اسمه على الاستيراد أو على المشروع لفترة تنتهي بوصول البضائع أو قيام المشروع وإمكان نقل الملكية للمالك الحقيقي ؟ فتتخرج الكفالة عندئذ على الوكالة بأجر ؟

أن من الواضح أن عناصر الوكالة متوفرة في هذه الحالة الثانية من الصورة الخامسة إذ يمكن للراغب في استيراد بضاعة أو إنشاء مشروع أن يطلب إلى آخر القيام بذلك وكالة عنه لأن الأخير أقدر على إنجاز المطلوب بكلفة أقل من الموكل نفسه . ولكننا هنا ينبغي أن نلاحظ أمرين أولهما أن حدود هذه الوكالة تنحصر في وضع اسم الوكيل على السلع المستوردة أو المشروع المراد إنشاؤه في حين أن الموكل سيقوم هو بجميع الأعمال الفعلية التي يتطلبها الاستيراد أو الإنشاء فهل يجوز تثمين هذه الخدمة بثمن عال يخفي في طياته ثمن الترخيص نفسه ؟ وثانيهما أن الوكالة جائزة يستطيع أي من طرفيها أن يلغيها دون رضا الطرف الآخر ! فهل تترك حقوق الناس التعاقدية لرغبات أي طرف وحده ؟

أما إذا كانت **الكفالة التجارية بغير أجر** – وهو ما يحصل كثيراً في جميع صورها الخمس – فهل تعتبر وكالة محضة ؟ فتكون تبرعاً وإحساناً يتحمل فيها الكفيل توقيعه فقط ويتحمل المكفول جميع الأعباء والنفقات والمخاطر . وهل يستطيع المكفول أن يعفي الكفيل من حميع مخاطر الكفالة التجارية فيحل محله في تحمل الأعباء أيا كانت ؟ علما بأن عقد الوكالة يضمن للموكل/المكفول ملكية المشروع وحقوقه فيه فيما يتعلق بعلاقته مع الوكيل/الكفيل ، وذلك على الرغم من المخالفة القانونية التي تعرض كليهما للعقوبة المالية والجسدية .

الواقع أن المكفول في **الصور الأولى والرابعة والخامسة** (بحالة عدم السماح بتغيير الاسم على الترخيص) لا يستطيع أن يتحمل جميع أعباء الوكالة لأن وجود توقيع للوكيل يعبر عن ملكيته للمشروع تجاه الدولة سيظل يعرض الوكيل للمساءلة من قبل السلطة وللعقوبات

المترتبة على التستر التي قد تشمل العقوبة الجسدية بالحبس . فهل يمكن للموكل تعويض الوكيل عن خطر العقوبة الجسدية ؟ يضاف إلى ذلك أنه على الرغم من معرقة المتعاملين مع المشروع بمالكه الحقيقي فإنه في حالة الإفلاس تترتب بعض الإجراءات والقيود القانونية التي تفرضها القوانين على المفلس – والمفلس هنا بالنسبة للقانون هو الوكيل المواطن – فهل يستطيع الموكل الوافد تعويضه عنها ؟

إن تثمين العقوبات الجسدية أمر ألفته القوانين الوضعية وعرفت الشريعة بعضاً منه في الكفارات ، فإذا قبلنا مبدأ إمكان تثمين العقوبة الجسدية فإن الموكل يمكنه عندئذ أن يعوض الوكيل عما يصيبه من عقوبة جسدية إن حصل ذلك .

أما في **الصورة الثانية** فإن القانون نفسه قد أراحنا من الاختيار بين الوكالة وغيرها فجعلها وكالة ، فإذا تنازل الوكيل عما فرضه له القانون على المالك من أجر وجعل وكالته من الإحسان المحض فما على المحسنين من سبيل ، ويكون بذلك قد رفع الظلم والحيف الذي أوجبه القانون على الوافد من دفعه إتاوة ليس لها أي مبرر أخلاقي .

أما في حالة الإفلاس فإنه من الواضح أن لو اتخذ المشروع شكل المؤسسة فلا رجوع للدائنين على المالك الاسمي ولا الحقيقي . أما لو اتخذ شكل المشروع الفردي باسم مالكه فإن بعض الدائنين قد يحاول الرجوع على المالك الاسمي لتحصيل ديونهم وهي مخاطرة قد لا يستطيع الموكل الوافد تعويضه عنها ، وبخاصة مع احتمال تركه البلاد وهروبه . يضاف إلى ذلك ما يتعرض له المفلس من إجراءات وتقييدات حكومية تضيق عليه فرص الأعمال الأخرى التي يقوم أو يرغب أن يقوم بها ، وهو أمر يتعرض له الوكيل/المواطن سواء أتخذ المشروع شكل المؤسسة أم لا .

وأما في **الصورة الثالثة** من صور الكفالة التجارية إذا ما اعتُبرت وكالة بغير أجر فإن توكيل الأحنبي للمواطن بأن يضع توقيعه على أوراق التأشيرة والإقامة مع انتفاء العوض أمر لا يعرض الوكيل لمساءلة قانونية ذات بال لأنه يستطيع أن يدعي للحكومة أن مكفوله (العامل الأحنبي) قد تركه إلى غيره وأن يستعمل من المعاريض ما يجنبه الكذب الصريح . أي أن تسويغ الكفالة بدون عوض على أنها وكالة لا يفتح على أي من طرفيها أي باب من أبواب المخاطرة أو الظلم .

ما هو موقف الشريعة من مخالفة النظم والقوانين الوضعية ؟

بقيت مسألة أخيرة مهمة لا بد من النظر فيها أود أن أسهم فيها بطرح فكرة للمناقشة لعل المجمع الكريم يتوصل إلى رأي سديد فيها .

لا شك أن الحل الأمثل لمشكلة الكفالة التجارية هو أن تصرف الحكومات التي تحصل فيها هذه المعاملة النظر عن القيود القانونية غير الطبيعية التي تلجئ الناس إلى مخالفتها لعدم إنسانيتها ولعدم انسجامها مع روح الشريعة الغراء ومبادئ العدالة والحرية . وأن تستبدل بهذه النظم العتيقة مبدإ حرية الناس في اختيار العمل الذي يريدونه فإذا ما منحت السلطة تأشيرةً بالدخول وإقامةً للعمل ينبغي أن يترك الناس أحراراً في اختيار العمل الذي يرغبون وفي تبديله في الوقت الذي يرغبون سواء أكان العمل في مشروع تجاري أو استثماري أم كان في الاستخدام لدى رب عمل .

وإلى أن تدرك الحكومات أهمية وفائدة هذا التغيير ينبغي لنا أن نناقش مسألة مخالفة الأنظمة والقوانين من الوجهة الشرعية وما إذا كانت المخالفة جائزة شريعة على الرغم من عدم نفاذها قضاء !

لا شك أن الأصل أن القوانين والأنظمة التي تضعها الحكومات إنما تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للبلد وأهله . وكلنا يعلم أن الحكومات كثيرا ما تخطئ في تقديرها لهذه المصلحة العامة كما أن هذه المصالح العامة قد تتغير وتتطور بسرعة أكثر من سرعة تغيير القوانين والأنظمة ، كما أن الحكومات قد تصدر أحيانا قوانين وأنظمة بقصد نفع فئة أو أشخاص معينين ، وإن كانت الدعوى دائما هي أن هذه القوانين نفسها إنما وضعت للمصلحة العامة أيضاً . ومن المألوف أن تضع الحكومات في القوانين والأنظمة حوافز تشجع على تطبيقها من قبل الأفراد وزواجر وعقوبات لتمنع مخالفتها .

وإذا كان من حق الحكومات أن تضع الأنظمة والقوانين بما فيها من مرغبات وزواجر وعقوبات وإذا كانت طاعة ولي الأمر واجبة على وجه العموم فهل تنطبق هذه الطاعة على جميع القوانين والأنظمة بكل تفصيلاتها أم أنها تتعلق بالقضايا الأساسية فقط ؟

إن أهمية المسألة تنبع من أن كثيراً من القوانين والأنظمة تتعلق بقضايا مدنية محضة لا تعلّق لها بدين أو حلال أو حرام أو خُلُق أو حقوق الآخرين وحرياتهم ولا بأمن البلد ومصلحته . فزيادة بضعة كيلومترات على السرعة المحددة حيث لا فرق حقيقياً بين سرعة 30 وسرعة 33 من حيث التأثير على كفاءة السير ونجاعته أو على أرواح الآخرين وممتلكاتهم ، ومثل ذلك نقص في بعض أوراق كتابية لا أهمية لها فرضها النظام أو عدم

اتباع أسلوب معين في كتابة بعض الطلبات أو ركوب دراجة هوائية في طريق ممنوعة فيه أو النزول إلى الشارع بسيارة ذات رقم مفرد في يوم السيارات ذات الرقم الزوجي أو عبور الحدود براديو كهربائي دون الإفصاح عنه لمفتشي الجمارك أو اختيار اسم ثنائي لمولود في بلد لا يسمح إلا باسم فرادي أو القيام بمظاهرة سلمية للتعبير عن الرأي أو ما شابه ذلك من المخالفات للقوانين والأنظمة . . . هل يمكن أن يكون لها معقبات شرعية تخضعها للحساب يوم القيامة وللجنة أو النار ؟

الظاهر أن الحياة المعاصرة قد أفرزت دورا كبيرا جدا للحكومات في حياة الأفراد لم يكن معروفا فيما مضى بحيث لم يعد من الممكن الاكتفاء بمقولة عامة "طاعة ولي الأمر" ولي أن أستشهد هنا بموقفين لإمامين جليلين هما الإمام أبو حنيفة والإمام ابن تيمية . أما أبو حنيفة ففي نقاشه لمسألة أخذ أموال الكفار في بلادهم بعقود فاسدة أو باطلة في شريعتنا يشترط أن لا يكون أخذها بما فيه شين كالسرقة والغش والكذب . وهو في هذه يبدو أنه يميز بين مسألة مدنية بحتة ومسألة لها متعلّق أخلاقي . وكأني بأبي حنيفة يقول إن هنالك مسائل هي بطبيعتها مدنية محضة فهذه يمكن أن تكون لها نظمها المدنية التي لا تتدخل بها الشريعة بل تتركها على الإباحة الأصلية ، فإذا ما كان لأي منها وجه أخلاقي فلا بد عندئذ أن يدخل فيها الحرام والحلال الشرعيان . أما ابن تيمية فيقول فيما يفرضه السلطان الجائر من مكوس بجواز التهرب منها إلا إذا كان ذلك يوقع عبأها على شخص آخر . وقد شرح قوله بمثال هو ما يفرضه الظلمة على بعض المدن من غرامة جماعية بحيث يريد الظالم حصيلة مبلغ معين فيقوم وجهاء أهل البلدة بتوزيع هذه الغرامة على الأهالي ، كل حسب قدرته ، فلو تهرب واحد منهم عن دفع هذه الغرامة الظالمة فإن الآخرين سوف يتحملون عبءاً إضافياً نتيجة لهذا التهرب لأن أهالي البلدة مجتمعين ملزَمون بتقديم المبلغ المحدد للحاكم الظالم بغض النظر عمن سيقع عليه أي جزء من أعبائه . وفي مقابل ذلك فإذا كانت الوظيفة الظالمة مفروضة على كل شخص على حدة واستطاع بعض الآحاد التهرب منها فإن ذلك لا يؤثر على الوظائف المفروضة على الآخرين ويكون التهرب من الوظيفة الظالمة عندئذ مشروعاً .

إن ما يمكن استنتاجه من هذين الموقفين يلقي بعض الضوء على مسألتنا فالظاهر أن الإمامين يفرقان بين مسائل مدنية ومسائل شرعية في العلاقة مع الحكومة . ففيما يتعلق بالمسائل المدنية فإن أنظمتها وقوانينها يباح للحاكم فرضها ويباح له أيضا فرض العقوبات على مخالفيها ، كما يباح للمواطن مخالفتها وإن فعل ذلك فهو يعرض نفسه للعقوبة المدنية ولا يعتبر مذنباً من الناحية الشرعية . أي أن مثل هذه المخالفة لا تعرضه لعقوبة أخروية إلا إذا استخدم وسيلة غير أخلاقية كالكذب أو الغش أو الاحتيال . أما إذا اكتفى بالمعاريض ولم يقم بأية مخالفة أخلاقية ولم يرتكب أيا من المحظورات الشرعية فإن مخالفة القوانين

الوضعية لا تحمل في طياتها عندئذ أي ذنب أو حرمة شرعية . وبالتالي فلو أن عمر بن الخطاب (ر) نجح في تحديد المهور – وهو أمر يقول كثير من الفقهاء اليوم بجوازه من قبيل السياسة الشرعية – ثم قام مسلم بدفع مهر مبلغاً أكبر مما حدده عمر أو أخفى جزءاً من المهر باسم هدايا وعطايا أخرى للزوجة فهل يكون بذلك قد ارتكب إثما يحاسب عليه يوم القيامة؟ أشك بذلك كثيراً !

فإذا ما أخذنا بهذا الرأي فلا بد من وضع معايير دقيقة للتمييز بين ما هو مدني محض يبقى على الإباحة الأصلية في وضعه والمعاقبة على مخالفته بالنسبة للحكومة وفي طاعته أو مخالفته بالنسبة للأفراد وبين ما له جانب شرعي يمكن أن يوصف فعله بأوصاف البر والخير الذي يثاب فاعله وأن توصف مخالفته بالمعصية والحرمة التي تستجلب العقوبة الأخروية إلا أن يغفر الله تعالى . . .

إن من البدهي أننا لا نتكلم هنا عن مخالفات شرعية عرفت لها أحكام في الفقه الإسلامي وإنما عن مسائل من معايش الناس من نوع الأمثلة التي ذكرت آنفا ، لذلك فإن هذه المعايير لا تشمل الحلال والحرام أو ما وردت فيه النصوص . فمن هذه المعايير إذن أن لا يكون في الأمر مذمة أو شين لفاعله ، وأن لا يتوسل إليه بأي من المحرمات كالكذب أو الغش ، وأن لا يكون فيه تعريض لسلامة الآخرين أو أموالهم لأية مخاطر ، ومثل ذلك من المعايير الأخرى .

ومن جانب آخر ، فإن هذا الرأي قد يصطدم بقضيتين معروفتين . أولهما أن مخالفة هذه الأنظمة والقوانين يمكن أن تؤدي إلى عموم الفوضى وشيوع اللامسؤولية بين الناس الأمر الذي ينتهي إلى الإضرار بالمجتمع وبالناس وهو ما تحرص الشريعة على تجنبه وبذلك فإن للشريعة أن تكون لها مواقف تفصيلية تمنع ما قد يؤول إلى إحداث ضرر ولو في المستقبل البعيد . فالمخالفة للقوانين والأنظمة هي في حقيقتها من نوع الإفساد في الأرض التي جعلتها الشريعة نوعاً من أنواع جريمة الحرابة .

وثانيهما أن شريعتنا كاملة شاملة لكل جوانب الحياة الفردية والاجتماعية فلا بد أن تشمل هذه الجوانب التي تسمى مدنية ، فالأمر سيان بالنسبة للشريعة من حيث شمولها سواء أكان مدنياً أو أخلاقياً وإن شمول الشريعة يجعل من قرارات ونظم السلطان أوامر شرعية يقع من يخالفها بالمحظور الشرعي فضلا عن تعرضه للعقوبة التي حددها القانون .

وإن مسألة الكفالة التجارية إنما نشأت بسبب المنع الحكومي ، فهل تدخل ضمن هذا النوع من المسائل التي اخترنا أن نسميها بالمدنية ؟ ويبقى – بالتالي – حكمها على الإباحة

الأصلية . إنني لا أجد ما يمنع ذلك وبخاصة إذا كانت بدون عوض ، بل قد تكون عندئذ من أعمال البر التي يثاب فاعلها .

والحمد لله رب العالمين

إربد ، الأردن ، في 22 رمضان 1425 (2004/11/5)

منذر قحف